

Chemins alternatifs au droit constitutionnel d'entreprise

- développements récents dans le droit du travail, notamment le droit de consultation et la participation au profit de l'entreprise⁺

Andreas Abegg*

[p. 599] Mots clés: droit de l'entreprise, droit de travail, droit de consultation, loi sur la fusion, reprise d'une entreprise, licenciement collectif, participation au profit de l'entreprise, actions remises au salarié, gratification, rémunération selon les prestations

A. Liens entre la *corporate governance* et les développements récents en droit du travail

C'est au cours des années soixante-dix que le droit de l'entreprise, en allemand "Unternehmensverfassung", a connu son apogée, principalement en Allemagne et dans une moindre mesure en Suisse¹. L'idée principale était de faire participer les employés non seulement à l'entreprise, mais également à la société en tant que gérante de l'entreprise, ce qui devait positionner les employés au même niveau que les investisseurs de la société. Ce mouvement n'est toutefois pas parvenu à instaurer la participation des travailleurs au niveau du droit des sociétés en Suisse. L'initiative populaire pour une participation des travailleurs a été rejetée par 66,3% des votants le 21 mars 1976².

[p. 600] L'échec de l'initiative a en même temps signifié le maintien de la conception libérale classique qui avait été introduite dans le code des obligations de 1881. Selon cette conception, les intérêts des travailleurs et ceux des investisseurs doivent être clairement séparés. Cette séparation a même été renforcée au cours des années quatre-vingts et quatre-vingt-dix du siècle dernier par l'idéologie de la *shareholder value*³, selon laquelle les intérêts des travailleurs doivent tout d'abord être sauvegardés par le droit public et – si nécessaire – par les normes impératives du droit privé, tandis que le droit des sociétés est strictement réservé aux

⁺ Publié dans: RDS/ZSR 5/2006, pp. 599-611.

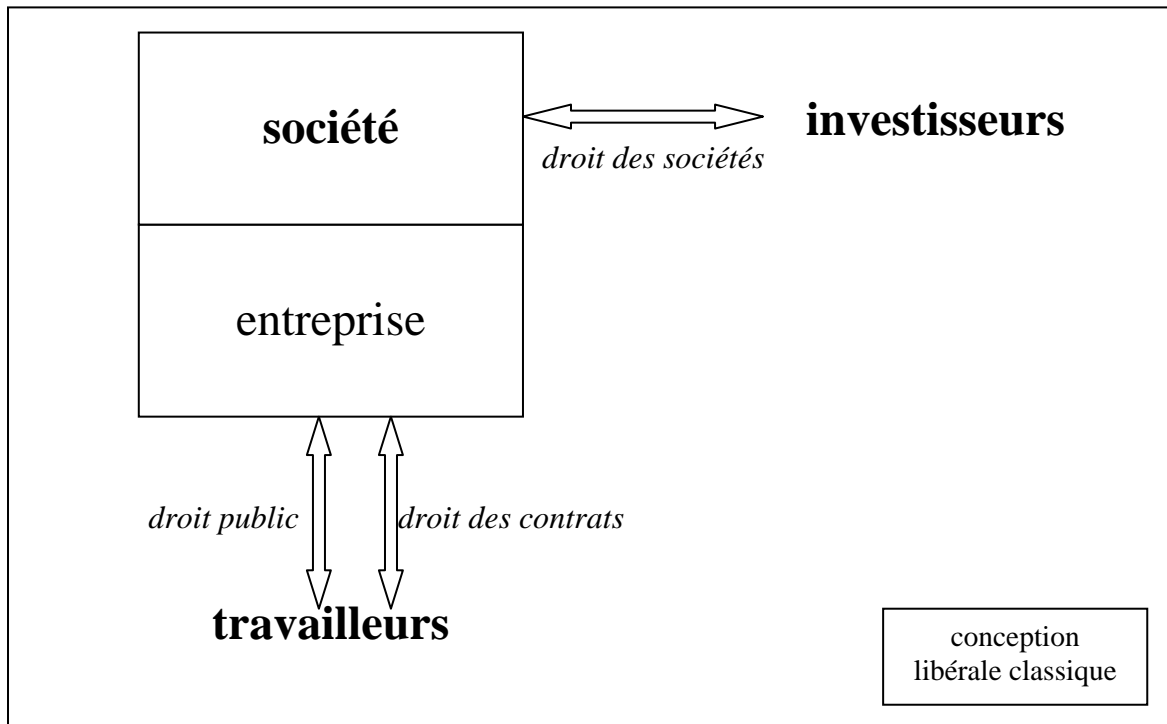
* Dr. iur., LL.M., avocat (Zurich), chargé de cours à l'université de Fribourg, Je remercie vivement Marc Amstutz, Olivia van Caille et Vaïos Karavas pour leurs remarques et commentaires.

¹ Voir à ce sujet parmi de nombreux autres RUDOLF WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1961 ; WALTER SCHLUEP, *Mitbestimmung? Bemerkungen zum Verhältnis von Aktiengesellschaft, Unternehmen und öffentlichen Interessen*, in : Boemle/e.a. (éds.), *Festschrift für Wolfhart Friedrich Bürgi*, Zurich 1971, p. 311 ss. ; PETER JÄGGI, *Aktienrechtliche Überlegungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen*, in : *Festgabe für Professor Dr. Josef Schwarzfischer*, Fribourg 1972, p. 1 ss. ; voir les définitions du droit de l'entreprise chez CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, *Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität*, Zurich 1989, 85 ss.

² FF 1976 II 662.

³ Un élément central de cette tendance est la réforme du droit des sociétés anonymes de 1991 : RS 1992 733.

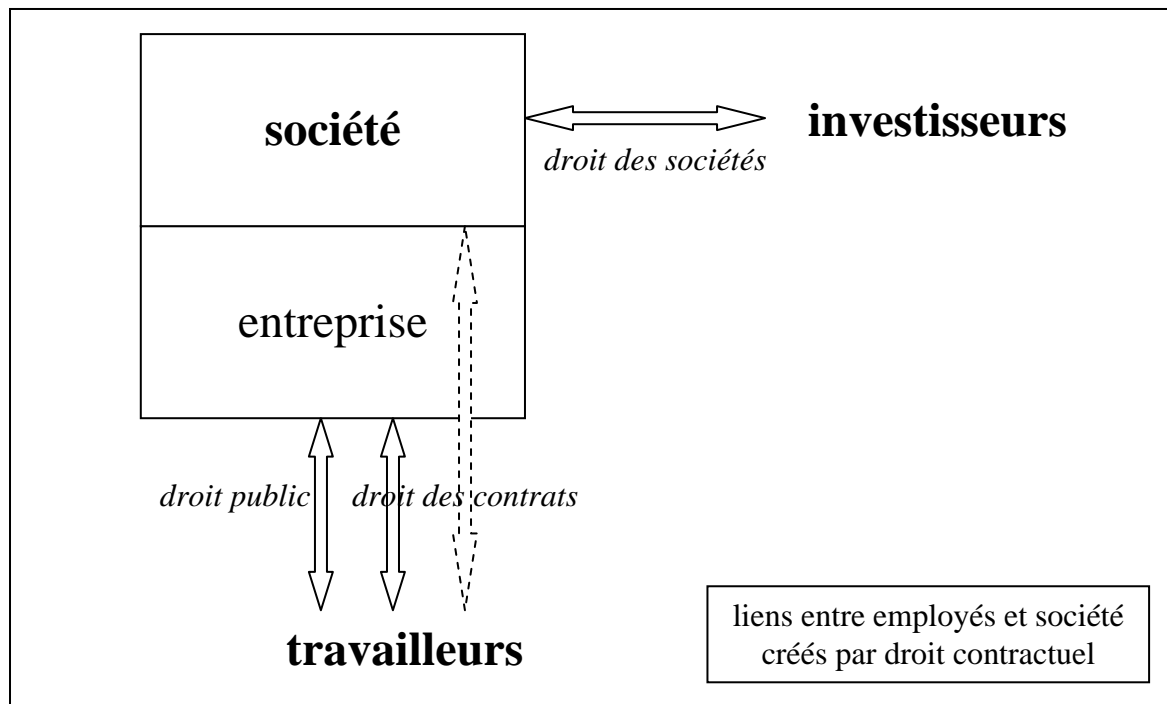
rapports entre les investisseurs ainsi qu'aux rapports des investisseurs avec la direction de l'entreprise et les créanciers⁴.



Tant le débat relatif à la participation des travailleurs des années soixante-dix que le débat un rien plus récent relatif à la *shareholder value* font preuve d'une optique quelque peu limitée. La question qui a dominé chacun de ces débats était de savoir si le droit des sociétés devait être restreint aux intérêts des investisseurs de capital et devait servir à renforcer ceux-ci, ou s'il fallait également prendre en considération et régler au niveau du droit des sociétés les intérêts des *stakeholders*, c'est à dire les intérêts des employés, de l'environnement, de la population qui vit autour de l'entreprise, de l'Etat etc.

[p. 601] Or, nous sommes d'avis que cette façon d'envisager la problématique fait perdre de vue le fait que certains liens entre employés et société peuvent être créés par le droit des contrats. Il s'agit, ces derniers temps, en particulier des règles relatives au transfert des rapports de travail à l'acquéreur ainsi que des règles relatives aux actions remises au salarié. Dans les pages qui suivent il s'agira d'analyser l'évolution récente qui se retrouve dans la doctrine relative au droit du travail afin de localiser les convergences avec le débat relatif à la *corporate governance*.

⁴ Voir à ce sujet – avec une reconstruction historique – HANS CASPAR VON DER CRONE/KARIN BEYELER/DANIEL DÉDEYAN, *Stakeholder im Aktienrecht*, RDS 2003, p. 409 ss.



En parlant de l'évolution dogmatique récente, il est bien entendu également fait allusion à la législation, et en particulier à la loi sur la fusion – il ne s'agit là toutefois que d'une source de droit⁵. Les règles créées sur base de la libre volonté des parties au contrat et celles que crée le Tribunal fédéral au travers de sa jurisprudence – qui nous est mise à disposition non seulement par les arrêts de principe, mais également par les arrêts non publiés, qui, depuis l'année 2000 sont des arrêts « non publiés publiés » – sont tout aussi importantes que les règles de loi.

Le matériel relatif à la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral provient du *Präjudizienkommentar* de Gauch/Aeppli/Stöckli, qui a paru récemment dans une nouvelle édition et pour lequel nous avons analysé et résumé tous les arrêts publiés et – pour la première fois dans cette nouvelle édition – également non publiés du Tribunal fédéral relatifs au droit du travail. [p. 602] Le nouveau *Präjudizienkommentar* tient donc compte du fait susmentionné selon lequel le Tribunal fédéral rend tous les arrêts non publiés accessibles par Internet depuis l'an 2000. Avant cette date, les arrêts de principe centraux étaient enchaînés les uns aux autres, ce qui menait à une certaine jurisprudence linéaire, afin d'attribuer une certaine signification à une règle de droit ou à un terme juridique. Si l'on tient dorénavant compte de tous les arrêts publiés ou non que l'on peut retrouver sur Internet, il existe une certaine crainte selon laquelle cette image claire pourrait être remplacée par un épais

⁵ MARC AMSTUTZ, "Das Gesetz", in : PETER GAUCH/PASCAL PICHONNAZ, éd(s.), *Rechtsfiguren: K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier*, Zurich 2003, p. 155 ss.

brouillard. Nous jugeons toutefois qu'en ce qui concerne le droit du travail de telles craintes n'ont pas de raison d'être⁶.

B. Les droits de consultation lors d'une fusion, d'une scission et d'un transfert de patrimoine

I. La réglementation par la loi sur la fusion et l'art. 333a CO

Suite au refus d'adhérer à l'Espace économique européen (EEE), décidé par vote du 6 décembre 1992, le programme swisslex (qui est en vigueur depuis le 1^{er} mai 1994) a travaillé à l'adaptation de nombreux domaines du droit suisse à celui de l'Union Européenne. Cela a également été le cas du droit relatif à la protection des travailleurs en cas de reprise d'une entreprise⁷. L'art. 333a CO a ainsi introduit des obligations d'information et de consultation en faveur de l'employé, similaires à celles que prévoit l'art. 335f CO concernant le licenciement collectif. Toutefois, contrairement à l'art. 335f CO, l'art. 333a CO ne prévoit aucune conséquence explicite. La majorité de la doctrine estime que les droits de consultation ne peuvent être imposés qu'en relation avec une action en constatation qui provoque la prononciation d'une menace de la peine prévue à l'art. 292 du code pénal⁸.

Entre-temps, la loi sur la fusion est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004. Elle règle le [p. 603] transfert des rapports de travail pour la fusion, la scission et le transfert de patrimoine en recourant à l'art. 333a CO. Selon le message du conseil fédéral, la loi sur la fusion devait permettre une plus grande flexibilité en matière d'adaptation de la forme juridique. D'autre part, la loi sur la fusion devait créer la confiance nécessaire et la transparence voulue pour les tiers, notamment pour les employés⁹. Ce but est poursuivi par une expansion des droits qui existaient déjà selon l'art. 333a CO ainsi que par une nouvelle voie de droit.

⁶ ANDREAS ABEGG, Arbeitsvertrag, in : Präjudizienbuch zum OR, Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli (éds.), Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zurich 2006.

⁷ Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE ("Swisslex"), FF 1993 I 805 ss., 880 s. Le Tribunal fédéral suit ce programme politique de rapprochement juridique à l'UE en s'orientant à la jurisprudence du CJCE lorsqu'il s'agit d'interpréter des termes juridiques imprécis, tels que « entreprise » : ATF 127 V 187 consid. 4b.

⁸ Voir à ce sujet parmi de nombreux autres : Zürcher Arbeitsgericht AN980571 du 27 janvier 1999, ZR 100 2001 n° 79 ; PETER R. ALTENBURGER/MASSIMO CALDERAN/WERNER LEDERER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht: Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zurich 2004, N 1036 ; ISAAK MEIER/CHRISTIAN EXNER, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, DTA 2004, p. 213 ss., 225, avec d'autres renvois.

⁹ FF 2000 4437.

De façon similaire à ce qui se passe lors de licenciements collectifs, l'art. 333a CO prévoit un devoir d'information et un devoir de consultation. Si aucune mesure concernant les travailleurs n'est envisagée suite à la modification de la structure de l'entreprise, l'employeur est uniquement tenu d'informer (al. 1). S'il y a cependant des mesures qui concernent les employés qui sont prévues, la consultation de la représentation des travailleurs ou, à défaut, des travailleurs eux-mêmes doit avoir lieu en temps utile avant que ces mesures ne soient décidées (al. 2).

La loi sur la fusion élargit ces devoirs de la façon suivante :

- Contrairement à l'art. 333a CO, la loi sur la fusion prévoit à l'art. 28 que non seulement l'ancien employeur doit informer et éventuellement consulter ses travailleurs, mais que ces devoirs s'appliquent à toutes les entreprises participant au changement de structure. L'art. 28 de la loi sur la fusion mentionne uniquement le devoir d'informer la représentation des travailleurs. Toutefois, même si une telle représentation fait défaut, les travailleurs ont le droit d'être informés et consultés directement. Cela ressort de la corrélation avec l'art. 333a CO et de la conception fondamentale du droit du travail suisse, qui contrairement au droit allemand n'a jamais donné la préséance aux syndicats¹⁰.
- En plus, la loi sur la fusion détaille les droits de consultation pour le cas d'une fusion et d'une scission. La consultation doit avoir lieu avant la décision de l'assemblée générale.
- En outre, en cas de fusion et de scission, l'organe supérieur de direction ou d'administration a le devoir d'informer l'assemblée générale du résultat de la consultation. Il s'agit là d'un élément crucial de la loi sur la fusion (art. 28 al. 2 et art. 50 LFus)¹¹. En cas de transfert de patrimoine, la loi sur [p. 604] la fusion ne prévoit qu'un devoir

¹⁰ Cf. l'art. 4 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation) ; voir également HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER, Das Fusionsgesetz, Zurich, 2004, 368 ; MEIER/EXNER (note 8), 217.

¹¹ Cf. les art. 28 al. 2 et 18 (concernant la fusion) et l'art. 50 (concernant la scission) de la loi sur la fusion. La question de savoir quand doit débiter la consultation en cas de fusion et de scission et celle de savoir si la décision de la direction de l'entreprise et le contrat de fusion ou de scission peuvent toujours avoir lieu avant la consultation n'est toutefois pas claire. Les délibérations au sein du Conseil national, telles qu'elles se retrouvent dans le Bulletin officiel, n'offrent pas de clarté à ce propos : Conseil national 2003, 227-256, 240 s. ; selon le Message (pt. 2.1.2.7) et la doctrine principale, la consultation ne doit pas être clôturée lorsque le contrat de fusion ou de scission est conclu : voir p. ex. URSULA HUBSCHMID, "Art. 28 FusG", in : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zurich 2004 ; RÉMY WYLER, Loi sur la fusion et protection des travailleurs, RSDA 2004, p. 249 ss., 251 s. ; Meier/Exner, qui indiquent que la représentation des travailleurs et les travailleurs sont obligés de conserver le silence selon l'art. 14 de la loi sur la participation et que les dispositions du CP offrent une protection concernant la problématique des initiés, sont à juste titre critiqués par rapport à ce point de vue : ISAAK MEIER/CHRISTIAN EXNER (note 8), 220.

d'information (de l'assemblée générale) ultérieur (art. 74 al. 2 lit. d). A notre connaissance, la question de savoir quels sont les droits qui découlent en faveur des employés à partir de cette dernière disposition reste indécise. Toutefois, selon l'esprit de la loi sur la fusion la consultation qui a lieu en cas de transfert de patrimoine doit se dérouler de telle manière que la décision de transfert décisive puisse encore être influencée et que la consultation s'adresse à l'organe compétant de la société¹².

Au cas où ces devoirs de consultation seraient violés, la loi sur la fusion prévoit une conséquence juridique draconienne. La représentation des travailleurs peut exiger du juge qu'il interdise l'inscription de la fusion au registre du commerce (art. 28 al. 3, art. 50 et art. 77 LFus)¹³. À nouveau, la loi sur la fusion ne mentionne que la représentation des travailleurs. Pour les mêmes raisons que celles invoquées plus tôt, notamment la mise en œuvre des règles procédurales de l'art. 333a CO que vise la loi sur la fusion, nous estimons que ce moyen de droit est également à disposition de chaque travailleur individuel lorsqu'une représentation fait défaut¹⁴.

La loi sur la fusion a donc assimilé les règles procédurales déjà prévues par le code des obligations et les a élargies de telle façon que les propositions des travailleurs soient également entendues par les investisseurs de la société à l'occasion de l'assemblée générale. En plus, la loi sur la fusion a assorti ces devoirs d'un nouveau moyen de droit, permettant contrairement à l'art. 333a CO une existence assurée d'une plus grande efficacité. À l'aide de ces innovations, les travailleurs suisses gagnent pour la première fois – comme Amstutz a pu le constater¹⁵ – une certaine influence au niveau de la société. Autrement dit, une relation communicative est installée directement entre les travailleurs et les investisseurs, à l'aide de laquelle est créée la possibilité que l'assemblée générale prenne connaissance des intérêts des travailleurs et assure éventuellement une compatibilité avec les intérêts des investisseurs.

II. Jurisprudence récente du Tribunal fédéral

[p. 605] Il est crucial de percevoir l'étendue que connaîtra l'application de ces devoirs de consultation et avant tout de savoir en quoi consistent les devoirs d'information face à

¹² Art. 77 al. 1 loi sur la fusion en relation avec l'art. 333a al. 2 CO.

¹³ Voir le message du Conseil fédéral, FF 2000 4365.

¹⁴ Du même avis I. MEIER/C. EXNER (note 8), 225 ; WYLER (note 11), 253 ; similaire VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/ DIETRICH/BERLINGER (note 10), 260, 368.

¹⁵ MARC AMSTUTZ, FusG – Grundlagen und Kommentar, Bâle, publication prévue en 2006.

l'assemblée générale. Jusqu'à aujourd'hui, le Tribunal fédéral n'a cependant pas eu l'occasion de clarifier les questions mentionnées. En analysant la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les articles 333 et 335f CO, il est cependant possible d'établir un pronostique concernant la direction que prendra la jurisprudence du Tribunal fédéral lorsque celui-ci aura à se prononcer sur les questions susmentionnées.

L'art. 333 CO traite du transfert des rapports de travail et prévoit en même temps les conséquences légitimes matérielles d'un tel transfert :

- Premièrement, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, et ce même contre la volonté de l'acquéreur.
- Deuxièmement, l'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues et – dans certaines limites – des créances futures.

Depuis l'année 2000, le Tribunal fédéral a éclairé l'application de l'art. 333 CO dans quelques jugements publiés et non publiés. Il ne reste aucun doute concernant la direction qu'a choisie la jurisprudence :

- Le Tribunal fédéral a assigné à l'art. 333 CO le but de sauvegarder les intérêts des travailleurs lors d'un transfert des rapports de travail et d'empêcher l'enrichissement de l'ancien employeur¹⁶. Celui-ci pourrait vendre l'entreprise à un prix qui ne prend pas en compte les créances ouvertes des travailleurs et qui mettrait donc en péril l'existence de ceux-ci et de leurs familles¹⁷.
- Conformément au but de cet article, tout l'art. 333 CO est de nature impérative, même si le catalogue contenu à l'art. 362 CO indique que seul l'al. 3 de l'art. 333 CO est de nature impérative. Les possibilités et les conséquences d'un refus de transfert d'entreprise sont réglés de manière compréhensive à l'art. 333 CO. Un accord conclu avec le travailleur par lequel il est dévié de la responsabilité solidaire ou qui va généralement outre les conséquences prévues à l'al. 2, est nul. Une convention contraire, conclue avec l'ancien employeur, est totalement exclue et une telle convention contraire, conclue avec le nouvel employeur, est soumise aux conditions de l'art. 341 CO. Seule la possibilité qu'a le travailleur de refuser la transfert du rapport de travail échappe au caractère impératif de la loi¹⁸.

¹⁶ ATF 4C.434/2004 (5.8.05) consid. 5.2.2 (de façon analogue, la décision 4C.432) ; 128 III 343 ss. consid. 5.4.1 ; 127 V 186 s. consid. 4b.

¹⁷ ATF 129 III 343 s. consid. 5.4.

¹⁸ ATF 4C.434/2004 (5.8.05) consid. 5.2.2 et 5.2.3 (de façon analogue, la décision 4C.432).

- [p. 606] Le Tribunal fédéral fait une application extensive de l'art. 333 CO. Il considère par exemple comme parties de l'entreprise de simples parties de l'entreprise qui ne participent pas de manière indépendante à la vie économique¹⁹. En outre, le transfert d'un objet loué constitue déjà un transfert au sens de l'art. 333 CO²⁰. Finalement, la responsabilité solidaire reste applicable même au cas où l'acquéreur retransmet l'employé directement à son ancien employeur, sans que l'acquéreur n'ait jamais vu l'employé et n'ait jamais eu l'occasion de donner des directives à l'employé en question²¹.

La jurisprudence citée fait donc apparaître deux tendances. Premièrement, le Tribunal fédéral attribue une application large aux termes légaux. Selon toute vraisemblance, la même direction sera prise lors de l'application de la loi sur la fusion. Deuxièmement, en interprétant toute la norme comme étant de droit impératif, le Tribunal fédéral assure la protection des travailleurs au-delà du texte codifié.

Ensuite, pour qu'on puisse déterminer la jurisprudence future concernant la loi sur la fusion, il faut examiner les arrêts qui touchent les droits procéduraux en cas de licenciement collectif. Les dispositions de l'art 335f CO sont fort proches de celles de l'art. 333a CO.

Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a soulevé que le but de la consultation était de permettre aux travailleurs d'influencer la décision de l'employeur. La consultation doit donc avoir lieu avant que l'employeur ne prenne la décision définitive de procéder au licenciement collectif²². Il est vrai que l'employeur a le droit de fixer (de bonne foi et en fonction des circonstances) un délai équitable permettant aux travailleurs de prendre position²³. Le délai n'est cependant équitable, que lorsqu'il permet aux travailleurs de traiter les informations reçues par l'employeur, de formuler des propositions concrètes et de les soumettre à l'employeur. En plus, le délai doit laisser assez de temps à l'employeur afin d'examiner sérieusement les propositions qu'il a reçues de la part des employés. Dans le cas d'espèce, un délai de cinq jours a été jugé trop court²⁴.

¹⁹ ATF C.9/04/2006 (28.3.06) consid. 3.3 (1^{ère} chambre du Tribunal fédéral des assurances) ; 4C.193/2004 (30.7.04) consid. 2.2 ; 129 III 336 s. consid. 2.1, autrement 4C.50/2002 (25.4.02) consid. 1b. Selon Winkler, cela s'appliquerait également à la loi sur la fusion : MICHAEL E. WINKLER, Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz, RSJ 97 2001, p. 477 ss.

²⁰ ATF 4C.193/2004 (30.7.04) consid. 2.3 ; 129 III 337 consid. 2.1.

²¹ ATF 4C.434/2004 (5.8.05) consid. 6 (de façon analogue, la décision 4C.432).

²² ATF 130 III 109 s. consid. 2.2.

²³ En ce sens déjà ATF 123 III 181 s. consid. b, c, confirmé par la suite par ATF 130 III 110 s. consid. 4.3 Pra 2004 813 s. consid. 4.3.

²⁴ ATF 130 III 111 s. consid. 4.3.

Confronté à un cas litigieux en matière de droits de consultation selon la loi sur la fusion, le Tribunal fédéral va sans doute se référer à la jurisprudence [p. 607] susmentionnée relative à l'art. 335f CO. Selon la majorité de la doctrine cela implique correctement également l'existence d'un devoir de consultation au sens d'un devoir de débat et d'un devoir de justification²⁵. Par conséquent, cela signifie que le Tribunal fédéral va continuer à garantir la communication entre les travailleurs et l'assemblée générale, telle qu'elle a été mise en place par le législateur. Il va continuer à développer les règles procédurales de telle façon que les propositions des travailleurs puissent effectivement influencer l'assemblée générale, afin que survienne du moins la possibilité que les besoins des employés soient repris par l'assemblée générale (par les investisseurs), et ce éventuellement même à l'encontre de la volonté de la direction de l'entreprise. Ceci s'applique en particulier aussi au moment de la consultation qui doit être fixé de telle façon que la consultation ne dégénère pas en un simple alibi.

C. Participation au profit de l'entreprise

Les relations entre les travailleurs et la société comme échelon des investisseurs ne sont pas seulement créées par la loi sur la fusion, mais aussi par la libre volonté des partenaires sociaux. Dès les années quatre-vingt-dix, des actions et des options ont été distribuées de façon croissante, tout d'abord aux managers de la société et plus tard aux travailleurs ordinaires. En ce faisant, les travailleurs deviennent directement investisseurs de leur employeur et associés de la société.

Le Tribunal fédéral catégorise les actions remises au salarié dans la dichotomie du salaire (art. 322 CO) et de la gratification en tant que rétribution spéciale à certaines occasions (art. 322d CO)²⁶. Il faut donc prendre en considération l'ensemble de la jurisprudence récente correspondante.

Il est vrai – et le Tribunal fédéral l'a bien souligné – qu'il s'agit en principe d'une prestation volontaire de l'employeur. Le contraire serait trop proche du rêve de Karl Marx visant une participation des travailleurs à la valeur ajoutée de la production. Néanmoins, le Tribunal

²⁵ MARC AMSTUTZ (note 15) ; U. HUBSCHMID, (note 11), n 12 ; MEIER/EXNER (note 8), 219 avec d'autres renvois ; voir aussi WYLER (note 11), 250 s.

²⁶ Voir à ce sujet par exemple Thomas Geiser, *Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn*, PJA 2001, 382 ss.

fédéral protège les nouvelles prétentions des travailleurs d'une façon procédurale et réagit en même temps au danger d'une trop grande flexibilisation du salaire:

Premièrement, le Tribunal fédéral consolide la transparence et la prévisibilité du droit à la rétribution spéciale selon l'art. 322d CO, mais recède aux partenaires sociaux le devoir de régler les détails par accord communautaire – ou en l'absence d'un tel accord, il charge l'employeur des détails :

- [p. 608] Plus exactement, un droit relatif à une rétribution spéciale et donc p.ex. un droit relatif à des actions remises au salarié naît d'un accord communautaire²⁷ ou d'un acte concluant, s'il y a eu un paiement régulier et inconditionnel pendant au moins trois années consécutives²⁸. Une réserve protocolaire indiquant la nature facultative de la prestation n'empêche pas non plus la naissance d'un droit, s'il ressort du comportement de l'employeur qu'il a l'intention de continuer à verser une gratification dans le futur; par exemple si les affaires avaient mal tourné, l'employeur aurait eu une bonne raison de refuser la rétribution spéciale²⁹. Ce droit à la rétribution spéciale ne touche cependant pas le mode de calcul³⁰.
- S'il existe une dette de rétribution spéciale, la détermination de la gratification ne peut se faire de façon arbitraire. Ceci signifie qu'un employé ne peut être désavantagé par rapport aux autres pour des raisons qui n'ont pas de rapport avec l'affaire en cause. En d'autres mots, l'employeur peut librement fixer des conditions concernant la naissance et le niveau de la rétribution spéciale, à condition que celles-ci ne produisent pas de discrimination violant les droits de la personnalité³¹.

Deuxièmement, le Tribunal fédéral réagit à la flexibilisation croissante de la rémunération et donc au danger de déplacer de la sorte le risque d'entreprise vers l'employé. Souvent, l'employeur lie la prestation d'une rétribution spéciale à certaines conditions. Il est par exemple souvent prévu un délai d'attente qui permet de lier le travailleur à l'entreprise. Le délai d'attente impose au travailleur d'attendre un certain temps avant de ne pouvoir vendre ses

²⁷ Voir p. ex. ATF 4C.340 (24.1.06) consid. 2.1.

²⁸ ATF 4C.97/2006 (6.6.06) consid. 2 ; 131 III 621 consid. 5.2 ; 4C.244/2004 (25.10.04) consid. 2.1 ; 129 III 278 s. consid. 2 ; 4C.6/2003 (24.4.03) consid. 2.2. ; 4C.325/2002 (24.1.03) consid. 3.1 ; 4C.263/2001 (22.1.02) consid. 4b (avec des renvois vers l'ancienne jurisprudence non publiée) ; voir aussi 4C.475/2004 (30.5.05) consid. 4 (gratification par actions).

²⁹ ATF 4C.475/2004 (30.5.05) consid. 1.2 ; 4C.244/2004 (25.10.04) consid. 2.1 ; 129 III 280 s. consid. 2.3. En ce faisant, le Tribunal fédéral émet donc un signal à l'adresse de l'employeur rationnel orienté vers le profit, pour qui la protection du travailleur n'est pas le souci majeur.

³⁰ Cf. les décisions citées à la note de bas de page 28.

³¹ ATF 131 III 621 consid. 5.2 ; 4C.364/2004 (1.7.05) consid. 3.

actions. Selon l'art. 323b al. 3 CO, de telles conditions sont nulles si elles concernent une partie du salaire et si elles concernent surtout l'intérêt de l'employeur. Autrement dit, cette norme impérative n'est pas applicable si – premièrement – les conditions reflètent surtout les intérêts de l'employé ou si – deuxièmement – la rémunération ne constitue pas une partie du salaire. Dans deux arrêts qui concernent ce sujet, le Tribunal fédéral a décidé ce qui suit :

- S'il existe un accord concernant une partie du salaire qui est dans l'intérêt des deux partenaires sociaux, la licéité se détermine – selon le Tribunal fédéral – au regard des circonstances du cas d'espèce. Dans le cas dont avait [p. 609] à juger le Tribunal fédéral, un droit d'option pour cadres, non transmissible et bloqué pendant trois ans, qui était qualifié de salaire a été jugé non admissible et donc nul³².
- Le Tribunal fédéral a jugé que les dispositions impératives ne sont pas applicables lorsque le bénéficiaire agit de la façon d'un investisseur, c'est-à-dire d'une personne qui choisit librement de placer une partie de ses avoirs dans l'attente d'un gain en capital, et non pas comme un employé recevant une rémunération³³. Inversement, le bénéficiaire est censé recevoir un salaire lorsque la prestation obtient une importance décisive dans la rétribution du travailleur et perd de la sorte son caractère accessoire. D'une façon plus précise, un montant équivalent ou même supérieur au salaire de base annuel, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a qualifié un paiement sous forme d'actions remises au salarié comme gratification du fait qu'en comparaison avec le salaire annuel le montant était négligeable³⁴. Un autre aspect intéressant où le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'intervenir est la délimitation entre gratification et rémunération selon les prestations. Dans un tel cas, il a été jugé qu'on se trouve nécessairement en présence d'un salaire si les parties conviennent de la naissance du droit lorsque l'employé atteint certains buts. Dans le cas en cause, le Tribunal fédéral a ainsi protégé le droit au paiement *pro rata temporis* d'un travailleur qui abandonnait l'entreprise avant la date de la rétribution spéciale³⁵.

³² ATF 4C.237+239/2004 (1.10.04) consid. 3.2 ; voir à ce sujet parmi de nombreux autres : Ueli Sommer, Das Truckverbot und Mitarbeiterbeteiligungspläne, DTA 2006, 100 ss.

³³ ATF 130 III 501 s. consid. 4.2.2 ; confirmé par ATF 131 III 618 f. consid. 4.

³⁴ ATF 131 III 621 ss. consid. 5 et 6 ; voir également 4C.340/2005 (24.1.06) consid. 2.1 ; 4C.426/2005 (28.2.06) consid. 5.1. Une jurisprudence analogue a précédé cette décision : 4C.364/2004 (1.7.05) consid. 2 ; 129 III 279 consid. 2.1 (dans le cas d'espèce, il s'agissait encore d'une gratification lorsqu'un quart du dédommagement annuel était concerné) ; 4C.6/2003 (24.4.03) consid. 2.2 ; cf. également 4C.127/2002 (3.9.02) consid. 4.2.1.

³⁵ ATF 4C.6/2003 (24.4.03) consid. 2.2 ; voir également 4C.395/2005 (1.3.06) consid. 5.3 et 4C.426/2005 (28.2.06) consid. 5.2.1 : "La fonction même du salaire exclut donc la possibilité pour l'employeur de soumettre la

En résumé, le Tribunal fédéral protège la régularité du salaire, qui – en tant que moyen de subsistance de l'employé et de sa famille – doit être préservé d'un trop grand arbitraire de la part de l'employeur. En même temps, le Tribunal fédéral crée de nouveaux droits procéduraux en faveur des travailleurs pour ce qui concerne le versement de gratifications et la participation du travailleur au niveau de la société.

D. Synthèse : un nouvel aspect de la *corporate governance*

[p. 610] Au cours des 100 dernières années, l'évolution du droit a démontré que le droit des sociétés faisait preuve d'une résistance remarquable envers l'interventionnisme, qui, à partir de par exemple Rudolf von Jhering comprenait le droit privé comme mécanisme permettant d'atteindre des buts spécifiques pour le bien-être de la société. Inversement, le droit contractuel adoptait en même temps la fonction d'établir des liens entre l'économie qui se radicalisait et les autres parties de la société. C'est dans ce sens et comme l'avait observé le grand sociologue et historien Karl Polanyi³⁶ que l'évolution décrite ci-dessus – premièrement l'introduction de la loi sur la fusion et deuxièmement le développement de la jurisprudence concernant les actions remises au salarié – apparaît comme mouvement opposé à l'évolution radicalisée de l'économie, influencée par l'idéologie de la *shareholder value* : de nouveaux *feed-back* sont institutionnalisés entre l'économie et le monde extérieur à l'économie, à partir du droit contractuel, ce qui permet d'assurer l'adéquation de l'économie aux autres parties de la société.³⁷

Dans les deux cas (la loi sur la fusion et la pratique des actions remises au salarié), les travailleurs devraient obtenir une certaine influence au niveau de la société à l'aide du droit contractuel. C'est donc avant tout le devoir du droit contractuel de protéger ces nouveaux droits. Ceux-ci font toutefois également l'objet du droit des sociétés. La coopération entre le droit contractuel et le droit des sociétés se déroule en principe comme suit :

Dans le cas des actions remises au salarié, l'employé obtient en sus de son rôle d'employé, celui d'associé, avec tous les devoirs et tous les droits qui s'ensuivent. C'est principalement le

rémunération d'une prestation de travail déjà accomplie à la condition que le salarié soit encore dans l'entreprise."

³⁶ KARL POLANYI, *The Great Transformation*, Beacon Hill, 1995/1944.

³⁷ Voir également les problèmes dans le monde transnational: PEER ZUMBANSEN, *The Parallel Worlds of Corporate Governance and Labor Law*, Ind. J. Glob. Leg. Stud. 13 2006, p. 261 ss.

droit contractuel qui est chargé de rendre compatibles ces deux rôles. Le Tribunal fédéral réalise cette tâche à l'aide de la dichotomie entre le salaire et la rétribution spéciale.

Concernant la loi sur la fusion, les travailleurs obtiennent le droit contractuel d'être entendu par l'assemblée générale. Il reviendra au droit contractuel de développer les devoirs de consultation de façon analogue à ceux qui sont prévus en cas de licenciement collectif (art. 335f CO). Toutefois, la garantie du lien communicatif établi par la loi sur la fusion au niveau du droit des sociétés crée d'une part des moyens de droit excessifs et manque d'autre part de moyens de droit : en cas de menace de refus d'inscription au registre du commerce, le risque financier encouru par les entreprises participant à la restructuration est tout aussi dramatique que le risque financier des travailleurs lorsque ceux-ci requièrent (ce qui devrait correspondre au cas normal) des mesures provisionnelles auprès d'un tribunal. Du reste, il n'est pas du tout [p. 611] établi de quels moyens de droit doivent se servir les employés lorsqu'ils découvrent une violation de droit après que la restructuration ait abouti. Si l'on tient compte de l'évolution à long terme du droit privé, nous estimons qu'il paraît plus prometteur d'ajouter une voie de droit issue du droit des contrats, mettant le licenciement abusif (par analogie à l'art. 335f CO) au centre de la réflexion.

Résumé

On peut constater que la discussion concernant le gouvernement d'entreprise (*corporate governance*) est passée d'une certaine manière à côté de la question principale. Car, tel que les propos susmentionnés concernant les droits de consultation lors d'une fusion et concernant les règles relatives à la participation au profit de l'entreprise auront pu vous faire comprendre et tel qu'il a déjà pu être observé par les historiens³⁸, la question n'est pas tant de savoir à quels intérêts doit s'orienter le droit des sociétés – uniquement ceux des investisseurs ou également ceux d'autres groupements, tels que les employés. Il s'agit bien plus de trouver des mécanismes de *feed-back* entre l'économie et l'environnement de l'économie, de façon à ce que les problèmes dégagés par l'économie puissent devenir des affaires internes à l'économie.

In gewisser Weise zielt die corporate governance-Debatte am Kern des Problems vorbei. Denn wie in diesen Ausführungen zu den Konsultationsrechten gemäss Fusionsgesetz sowie zu den

³⁸ Voir GERHARD SCHNYDER, MARTIN LÜPOLD, ET AL., The Clash of Paradigms: Switzerland's Long March Towards a Shareholder-Oriented Conception of the Firm", in : Le gouvernement d'entreprise en Suisse. Dynamiques externes et stratégies internes, J.-J. Friboulet, D. Isakov, et al. (éds.), Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 41 ss.

Regeln betreffend Mitarbeiteraktien dargelegt und von den Historikern festgestellt wurde, geht es weniger darum, auf welche Interessen sich das Gesellschaftsrecht ausrichten soll – auf jene der Unternehmensführung, auf jene der Kapitalgeber allein oder auf weitere Gruppen wie Arbeitnehmer und Bevölkerung. Vielmehr geht es darum, wie die Rückkopplungsmechanismen zwischen Wirtschaft und der Umwelt der Wirtschaft im Fall des Unternehmens angelegt werden sollen, so dass wirtschaftsintern ausgelöste troubles zu wirtschaftsinternen issues werden.